

Rivista N°: 4/2014  
DATA PUBBLICAZIONE: 05/12/2014

AUTORE: Mario Midiri\*

## LE REGIONI, LA CORTE E L'ANTITRUST\*\*

*1. Le Regioni e la promozione della concorrenza. – 2. La sentenza n. 325/10 sui servizi pubblici locali: un colpo per le Regioni? – 3. Il nuovo potere d'azione dell'Autorità per la concorrenza – 4. La Corte sul potere d'azione di Agcm: la sentenza n. 20/2013. – 5. Un fardello improprio per il giudice amministrativo?*

### 1. Le Regioni e la promozione della concorrenza

La *tutela della concorrenza* (art. 117, 1° comma, Cost.) è un crocevia della giurisprudenza costituzionale sui rapporti Stato-regioni. Materia “trasversale” di competenza esclusiva dello Stato, incide sull'intero ambito della potestà legislativa regionale in tutti i casi in cui la concreta disciplina legislativa veda un “intreccio inestricabile” tra l'una e l'altra sfera di attribuzioni: e ciò vale sia per tutela *ex post*, che mira a ripristinare l'equilibrio perduto sanzionando le violazioni della libera dinamica concorrenziale - sia per le azioni pro-concorrenziali volte ad aprire il mercato rimuovendo barriere d'accesso e vincoli ingiustificati<sup>1</sup>.

---

\* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Modena-Reggio Emilia — [mario.midiri@unimore.it](mailto:mario.midiri@unimore.it)

\*\* Destinato agli *Studi in onore di Antonello D'Atena*

<sup>1</sup> Questa *materia-funzione*, di competenza esclusiva dello Stato, non ha un'estensione rigorosamente circoscritta: è “trasversale” nel senso che “*si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi*”, alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni (v., in part., Corte cost., sentenze nn. 272/04, 407/02). La tutela della concorrenza non è intesa soltanto in senso statico, come garanzia di ripristino di un equilibrio perduto, ma anche nella sua valenza promozionale (sentenze nn. 14 e 272/04, 148 e 314/09, 45, 232, 270 e 325/10): la sent. n. 14/04 si spinge al punto di ricondurre un'ampia gamma di misure volte non soltanto ad instaurare assetti concorrenziali, ma anche a ridurre squilibri e a favorire le condizioni per lo sviluppo del mercato.

In virtù del *vincolo europeo* la nozione comunitaria di concorrenza si riflette necessariamente su quella interna<sup>2</sup>.

Dire che la nozione interna di concorrenza riflette quella europea potrebbe tuttavia non bastare, perché nell'interpretazione delle disposizioni del trattato UE affiorano diverse prospettive: di qui lo sforzo di precisare l'ambito della *promozione della concorrenza*, evitando di dilatarne la nozione tanto da appannarne il significato<sup>3</sup>.

L'accento cade allora sull'apertura del mercato e sul grado di concorrenza potenziale<sup>4</sup>. Si avverte l'eco della giurisprudenza europea quando la Corte – esaminando le barriere d'ingresso al mercato poste da una normativa regionale – ne sottolinea la capacità lesiva

---

<sup>2</sup> Corte cost., sent. n. 325/10, *cons. diritto*, n. 7, che richiama sentt. nn. 270 e 45/10, 430 e 401/07, 14 e 272/04. È inammissibile un referendum abrogativo di legge a contenuto comunitariamente vincolato “e quindi costituzionalmente vincolato in applicazione degli artt. 11 e 117, 1° comma, Cost.”: Corte cost., sent. n. 24/11.

<sup>3</sup> Com'è accaduto nella sentenza n. 14/04. Per la preoccupazione di salvaguardare gli interventi di politica macroeconomica con l'aggancio sicuro ad una materia di competenza esclusiva dello Stato, la Corte riconduce alla tutela della concorrenza anche le «misure pubbliche volte a ridurre squilibri e a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo»; il presupposto è che se l'economia va male soffre inevitabilmente il principio concorrenziale; non viene considerato il tipo di assetto strutturale del mercato che la misura di aiuto può determinare: A. BRANCASI, *Tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 195, 211, 223. Prima, v. le critiche di V. ONIDA, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze*, in *Regioni*, 2008, 773, 775, e G. FALCON, *Un problema, due risposte, alcune riflessioni*, *ivi*, 817.

L'accezione lata della nozione di concorrenza - inaugurata e “drammatizzata” dalla sent. n. 14/04 - fa sì che la Corte rinunci alla strada dell'*attrazione in sussidiarietà* (Corte cost., sent. n. 303/03, annotata da A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte*, in *Giur. cost.*, 2003, 2776 ss.) che impone specifica giustificazione secondo i canoni del *principio di lealtà*. Sull'allocazione delle competenze secondo la valutazione concreta della dimensione degli interessi v. già R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo titolo V Cost.*, in *Le Regioni*, 2002, 380 e G. MORBIDELLI, *Localizzazione e realizzazione delle infrastrutture tra Stato e Regioni*, in *Titolo V Cost. e opere pubbliche*, Bologna, SPISA, 2003, 45 ss. Nella sent. n. 303/03 l'attrazione in sussidiarietà si intreccia con il richiamo al principio di lealtà. Sulle regole procedurali che il Tribunale costituzionale tedesco fa discendere quali “concreti doveri giuridici” dal principio della *lealtà federale* v. BVerfGE 12, 205 (254 ss.) - 22 febbraio 1961; BVerfGE 81, 310 (337 ss.) che richiamano il celebrato scritto di R. SMEND del 1916, sulla fedeltà al patto di unione come principio costituzionale non scritto: v. *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, in *Staatrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, 39 ss. Su questo, v. ampiamente A. D'ATENA, *Dimensioni e problemi della sussidiarietà*, in G.C. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia*, Padova, Cedam, 2009, 37 ss.; *Id.*, *La declinazione verticale e la declinazione orizzontale del principio di sussidiarietà*, in *Scritti in on. A. Pace*, I, Napoli, Ed. scient., 2012.

<sup>4</sup> Nella giurisprudenza della Corte v., sull'apertura del mercato e l'ampliamento della sfera di libera scelta dei cittadini e delle imprese (fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi), le sentenze nn. 430/07, 431/07, 51/08, 63/08, 320/08, 326/08, 270/10, 325/10; cfr. pure, sempre in tema di promozione della concorrenza v. le sentenze nn. 80/06, 242/05, 175/05 e 272/04. Ai fini dell'assetto concorrenziale non rileva tanto l'elevato numero di imprese, quanto l'assenza di barriere ad entrare nel mercato, affinché la posizione delle imprese che vi operano sia contendibile: conta il grado di concorrenza potenziale. In un mercato privo di qualsiasi barriera all'ingresso, l'unica o le poche imprese che vi operano sono costrette a scegliere, sulla curva della domanda, un prezzo che corrisponda al costo marginale che avrebbe l'impresa più efficiente che decidesse di entrare sul mercato: N. LIPARI - I. MUSSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Bari, Laterza, 2000, 203 ss.; A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, Utet, 1996, 19 ss.; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, Utet, 2007, pp. 8 ss.; A. POLICE (a cura di), G. MORBIDELLI, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007.

delle *chances* concorrenziali. Barriere e impedimenti sono considerati sulla base degli *effetti concretamente espliciti*. Questo è il dato rilevante, e non vale a neutralizzarlo il fatto che la normativa impugnata sia in astratto riconducibile alle attribuzioni legislative della regione<sup>5</sup>.

## 2. La sentenza n. 325/10 sui servizi pubblici locali: un colpo per le Regioni?

L'estensione della copertura costituzionale di questa competenza legislativa statale, che vale anche quando essa è orientata in senso pro-concorrenziale, è la chiave di volta della sentenza n. 325/10: la Corte respinge la tesi delle regioni che puntavano a distinguere le misure di "tutela" da quelle di "promozione" della concorrenza<sup>6</sup>. Supera quasi indenne lo scrutinio di costituzionalità la riforma dei servizi pubblici locali del 2008-09 (art. 23-*bis* decreto-legge n. 112/08, convertito in l. n. 133/08, modificato da d.l. n. 135/09, conv. in l. n. 166/09), che disciplina le modalità di affidamento della gestione dei SPL e, rientrando nella materia "trasversale" della tutela della concorrenza, si impone sulla normativa regionale<sup>7</sup>.

La gara *per il mercato*<sup>8</sup> tutela l'interesse concorrenziale degli operatori economici attraverso lo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, efficacia ed efficienza.

---

<sup>5</sup> Corte cost., sent. n. 18/12, e, prima, sent. n. 150/11: è illegittima una disciplina - "*pure in astratto* riconducibile alla materia del commercio, di competenza legislativa delle regioni - che produca, *in concreto*, effetti che ostacolano la concorrenza, introducendo nuovi o ulteriori limiti o barriere all'accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale" (corsivo ns.). Sul richiamo, nella giurisprudenza della Corte giust. UE, al *contesto di riferimento* della controversia in vista del bilanciamento da effettuare tra i beni rilevanti secondo le particolari circostanze di fatto e di diritto del caso cfr., con riguardo al principio di effettività del diritto UE, Corte giust., 3.9.2009, C-2/08, *Olimpiclub* (e le conclusioni dell'Avvocato generale, nn. 54 ss.).

<sup>6</sup> Sent. n. 325/10, *diritto*, n. 7; v. anche le pronunce richiamate *supra* alle note 1 e 2.

<sup>7</sup> La Corte dichiara illegittimo l'art. 23-*bis*, cit., nella sola parte in cui rimette alla potestà regolamentare dello Stato l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno; rigetta tutte le altre censure. V. sent. n. 325/10, *diritto*, n. 12.6: l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica (sentenze nn. 284 e 237/09; n. 267/06), di competenza legislativa concorrente, e non esclusiva statale per la quale soltanto, ex art. 117, 6° comma, Cost., lo Stato ha potestà regolamentare. Sulle diverse questioni sorte in tema di SPL, v. S. MANGIAMELI, a cura di, *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2010; L. SALTARI, *Lo "stato del mercato"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 579 ss.; sul quadro normativo anteriore alla riforma del 2008-09, v. G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005.

<sup>8</sup> Sulla distinzione tra "*competition for the field*" e "*competition within the field of service*", v. H. DEMSETZ, *Why regulate utilities?* in *Journal of Law and Economics*, 1968, 55, che muove dalla distinzione formulata da E. CHADWICK, *Results of Different Principles of Legislation in Europe: of Competition for the Field as Compared with Competition within the Field of Service*, in *Journal of the Statistical Society of London*, 1859, series A22, 381. La *concorrenza per il mercato*, presupponendo condizioni di monopolio legale nella gestione del servizio, non realizza una liberalizzazione, ma ha valenza pro-concorrenziale perché assicura, attraverso la gara, la contendibilità periodica della concessione dei pubblici servizi o del ruolo di socio delle società miste; l'impresa aggiudicataria opera come monopolista, ma è privata del potere di mercato perché stretta dalle condizioni di gara e dal risultato del confronto concorrenziale. La periodica gara per il mercato è una formula "*inferiore di concorrenza*"; d'altronde, il limitato ambito spaziale dell'erogazione del servizio potrebbe non raggiungere la dimensione di un mercato rilevante: F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2002, 76 ss.

L'interesse dei privati si fonda - ricorda la Corte - sulla *rilevanza economica* della gestione di detti servizi. E secondo la giurisprudenza comunitaria si deve qualificare come economica *qualsiasi attività*, in forma di impresa pubblica o privata, che consista nell'offrire beni servizi e prestazioni su un determinato mercato<sup>9</sup>.

Secondo la sentenza n. 325, la figura comunitaria dei servizi d'interesse economico generale (SIEG) e quella interna dei SPL di rilevanza economica hanno contenuto omologo<sup>10</sup>: entrambe fanno riferimento ad un servizio reso mediante un'attività economica, in forma di impresa pubblica o privata che fornisce *prestazioni necessarie*, dirette a realizzare anche "fini sociali", nei confronti di una generalità indifferenziata di soggetti<sup>11</sup>. La regola è l'affidamento a terzi secondo procedure competitive. La Corte riconosce che la disciplina del SIEG e quella interna dei SPL divergono sulle condizioni per l'affidamento diretto *in house*: le norme nazionali (riforma del 2008-09) sono più rigorose<sup>12</sup>. Questo scostamento non determina, secondo il giudizio della Corte, un'incompatibilità con il diritto UE, né pone dubbi di legittimità costituzionale, perché la normativa dell'Unione europea *consente* - ma *non impone* - agli Stati membri la gestione diretta, fermo in ogni caso il rispetto delle condizioni *Teckal*<sup>13</sup>. Il

---

<sup>9</sup> Corte giust., 18 giugno 1998, C-35/96, *Commissione c. Italia*; 10 gennaio 2006, C-222/04, *Ministero economia e finanze*, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband*, nonché il *Libro verde della Commissione UE sui servizi d'interesse generale*, 21 maggio 2003, par. 2.3, punto 44.

<sup>10</sup> Sui servizi d'interesse economico generale v. gli artt. 14 e 106 TFU. Detti articoli non fissano espressamente le condizioni di uso di tale espressione. Soccorre la giurisprudenza: Corte giust., 18 giugno 1998, C-35/96, *Comm. c. Italia*; v. anche Comm. europea, *Comunicazioni in tema di SIEG in Europa*, 26 settembre 1996 e 19 gennaio 2001; Id., *Libro verde sui SIEG*, cit. V. anche Corte cost., sent. n. 272/04. Per una maggiore estensione dei SIEG rispetto alla figura di diritto interno v. però F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1073 ss.; cfr. pure D. GALLO, *I SIEG. Stato mercato e welfare nel diritto UE*, Milano, 2010. Osserva R. CARANTA, *Il diritto UE sui SIEG, Le Regioni*, 2011, 1175 ss. che ogni istituzione, statale o substatale, nell'ambito delle proprie competenze legislative e a volte anche amministrative, è chiamata a qualificare i servizi in questione in base ai parametri fissati a livello europeo e sotto il controllo delle istituzioni dell'Unione, "uniche competenti a dire l'ultima parola in questione".

<sup>11</sup> Corte giust. 21 settembre 1999, C-67/96, cit. Per attività economica si intende qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato: v. Corte giust. 18 giugno 1998, C-35/96; 10 gennaio 2006, C-222/04; 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, nonché il *Libro verde*, cit., paragrafo 2.3, punto 44.

<sup>12</sup> La normativa comunitaria ammette la gestione diretta nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, dell'affidamento a terzi mediante gara) ostacoli, in diritto od in fatto, la speciale missione del soggetto pubblico: art. 106 TFUE; Corte giust. 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, punti 48 ss., specialm. 50 (il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi risponde alle esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico); 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea*, cit. L'ordinamento comunitario, ricorda la sent. n. 325/10, si riserva di sindacare se la decisione dello Stato sia frutto di un "errore manifesto".

<sup>13</sup> In base alla giurisprudenza inaugurata da *Teckal* (Corte giust. 18.11.1999, C-107/98, n. 50) non sono applicabili gli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE - e i principi che da essi discendono - allorché il controllo dell'ente concessionario dall'autorità pubblica concedente è analogo a quello che essa esercita sui propri servizi, sempre che quest'ultima realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente che la controlla; v. poi le sentenze 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, n. 62, e 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*, n. 26. Il controllo deve essere *effettivo*. Sulla gestione *in house* come deroga alle regole generali del diritto comunitario,

legislatore italiano ha usufruito del margine di scelta per vietare - di regola - la gestione diretta dei SPL, senza precludere all'ente pubblico di svolgere la sua *speciale missione*<sup>14</sup>. Questa scelta è coerente con le precedenti: il divieto della gestione diretta dei SPL era già posto da due disposizioni risalenti<sup>15</sup>. Non appare dunque irragionevole il bilanciamento effettuato dal legislatore.

Tralasciamo qui l'esame dettagliato delle critiche, di diverso segno, che sono state mosse alla sentenza<sup>16</sup> e concentriamoci su un punto.

Se il diritto UE (art. 106, comma 2, TFUE; protocollo n. 26) non pone una disciplina esaustiva e prefigura un bilanciamento tra i diversi interessi rilevanti, che sarà compito del legislatore nazionale puntualizzare alla luce del contesto di riferimento<sup>17</sup>, ne deriva che non potrà invocarsi il *vincolo europeo* per quelle norme nazionali che non siano svolgimento del diritto UE e in particolar modo dei principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>18</sup>. Difatti, quando la Corte ha valutato l'ammissibilità del referendum abrogativo dell'art.

---

Cons. Stato, ad. plen. n. 1/08; sez. II, n. 456/2007; sez. VI, n. 1514/07, che richiamano Corte giust. 6 aprile 2006, C-410/04, *Anav*, punti 23-26 (i requisiti dell'*in house providing*, costituendo un'eccezione, sono da interpretare restrittivamente). Un punto importante è sottolineato da A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, in *Giur. cost.*, 2008, 5009, richiamando l'art. 118, ult. co., Cost.: la scelta di procedere all'affidamento *in house* non è dispensata dal rispetto del principio di sussidiarietà; ne deriva che essa è da intendersi preclusa non soltanto quando le condizioni offerte dal mercato siano più vantaggiose di quelle assicurate dall'impresa pubblica (o mista, pubblico-privata), ma anche *a parità di condizioni*. V. già in questo senso, J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, 75 ss.

<sup>14</sup> Le società a capitale interamente o parzialmente pubblico potranno partecipare - quando *non* ricorrano le condizioni per l'affidamento diretto - alle gare per l'affidamento del servizio, al pari di ogni altro imprenditore: sent. n. 305/10, *considerato in diritto*, nn. 6.1, 8 ss., 13.2.1.

<sup>15</sup> Sul divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia v. gli artt. 35, comma 8, l. n. 448/01 e 14 d.l. n. 269/03, convertito in l. n. 326/03. Detti articoli non sono stati impugnati dalle regioni innanzi alla Corte.

<sup>16</sup> V. i rilievi mossi, fra gli altri, da A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni sulla sent. 325/10*, in *www.rivistaaic.it*; E. STICCHI DAMIANI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in tema di servizio idrico integrato*, in *Analisi giur. econ.*, n. 1/2010, 143, 173 ss.; CARANTA, *Il diritto UE sui SIEG*, cit.

<sup>17</sup> Rilevano gli obblighi di servizio universale e la missione propria dei SIEG: v., prima del trattato di Lisbona, V. SOTTILI, *Art. 86 Trattato CE*, in L. G. Radicati di Brozolo, a cura di, *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2001, 60 ss. e ora gli artt. 14 e 106 TFUE e il citato protocollo aggiuntivo n. 26. Fra i valori comuni dell'Unione rientrano la garanzia di un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento, la promozione dell'accesso universale; si riconoscono le esigenze che discendono da situazioni geografiche e sociali diverse: D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale e europeo*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, a cura di, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, 11 ss. L'art. 14 TFUE, peraltro, fa salvo l'art. 106 (ex 86 TCE): gli Stati membri non possono emanare a favore delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi alcuna misura contraria alle norme dei trattati; valgono le regole della concorrenza anche per le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento della loro specifica missione.

<sup>18</sup> Sulla ricaduta nella giurisprudenza nazionale, e in part. in quella amministrativa, dei principi generali affermati dalla Corte del Lussemburgo, v., se si vuole, MIDIRI, *Poteri pubblici e giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2011.

23-bis, ha escluso che l'abrogazione referendaria potesse comportare inadempimento degli obblighi comunitari; restano comunque applicabili i principi del diritto UE - "meno restrittivi rispetto alla normativa oggetto di referendum" - che pongono le regole concorrenziali *minime* per l'affidamento della gestione del servizio<sup>19</sup>. E quando il legislatore reintroduce d'urgenza tali norme con il decreto-legge di "salvezza finanziaria" n. 138 dell'agosto 2011 - che ripropone la normativa abrogata, sia pure con l'eccezione del servizio idrico<sup>20</sup> - le regioni ottengono piena soddisfazione. La Corte riconosce la loro legittimazione a ricorrere anche con riguardo al parametro dell'art. 75 Cost.<sup>21</sup>: secondo la dottrina del *vulnus* potenziale, esse possono evocare parametri diversi da quelli che sovrintendono al riparto di attribuzioni quando la violazione denunciata è potenzialmente idonea a vulnerare le loro attribuzioni costituzionali (sentenze nn. 303/03, 80 e n. 22/12) e risulta sufficiente la motivazione sulla "possibile ridondanza" sul riparto di competenze (sent. n. 33/11). La sentenza n. 199/12 dichiara illegittimo l'art. 4 d.l. n. 138/11 (sia nel testo originario che in quello risultante dalle successive modificazioni) per violazione dell'art. 75 Cost. perché ha ripristinato - e reso addirittura più severa - la normativa abrogata dal referendum<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Corte cost., sent. n. 24/11, che esclude l'esistenza di impedimenti di natura comunitaria all'ammissibilità del quesito referendario, e v. anche sent. n. 320/11, diritto n. 2.1.5.

<sup>20</sup> L'art. 4 d.l. n. 138/11, conv. in l. n. 148/11, e succ. modif., eccettua il servizio idrico assieme alla distribuzione del gas, all'energia elettrica, al trasporto ferroviario regionale, alla gestione delle farmacie comunali. L'art. 4, inoltre, limita i diritti di esclusiva: gli enti locali debbono verificare - con il parere dell'Agcm - se sia realizzabile la "concorrenza nel mercato"; l'ente locale individua, previa analisi di mercato, i settori sottratti alla liberalizzazione ed evidenzia in una delibera-quadro - sottoposta al parere non vincolante dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato - i benefici che la comunità locale trarrà mantenendo il regime di esclusiva del servizio; il valore economico del servizio *in house* non può comunque superare una rigida soglia di valore, non derogabile (900.000 euro annui, poi abbassati a 200.000); vengono aggravati i c.d. requisiti *Teckal*. La Conferenza delle regioni ha osservato, nel corso della conversione in legge del d.l. 1/12 (atto Sen. n. 3110), che il limite di valore per la gestione *in house*, non previsto dal diritto comunitario (e neanche dall'art. 23-bis, d.l. n. 112/08), pone una difficoltà costituzionale. Già il regolamento attuativo dell'art. 23-bis, d.P.R. n. 168/10, art. 2, esprimeva una indicazione prioritaria per la liberalizzazione (v. Cons. Stato, sez. atti norm., 24.5.2010, parere su affare 02415/2010: è "irrinunciabile l'intervento del pubblico solo per le attività c.d. di spettanza necessaria"; *l'impulso proveniente dall'Unione europea* è di favorire in prima istanza l'iniziativa privata nell'erogazione dei servizi pubblici valorizzando, in caso di inefficacia, le "istanze più vicine ai cittadini, gli enti locali, che peraltro procedono ordinariamente allo svolgimento dei servizi loro spettanti tramite affidamento a terzi").

<sup>21</sup> Le regioni sostengono - e la tesi è ritenuta plausibile dalla Corte - che il referendum del 12-13 giugno 2011, abrogando l'art. 23-bis, d.l. n. 112/08, ha riespanso le competenze regionali e degli enti locali nel settore dei SPL, risultando applicabile la normativa comunitaria, più elastica. La reintroduzione della disciplina abrogata (anzi, di una regolamentazione ancor più restrittiva), ledendo la volontà popolare, avrebbe determinato anche la potenziale lesione delle competenze delle regioni e degli enti locali. (Non tutte le regioni ricorrenti, invero, hanno invocato a parametro l'art. 75 Cost.: fa eccezione la Sardegna).

<sup>22</sup> La Consulta si pone il problema se vi siano *fatti nuovi* tali da giustificare siffatta reintroduzione. E lo esclude. L'art. 4 d.l. n. 138/11 non modifica i principi ispiratori della disciplina preesistente ed è "in palese contrasto con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo"; né si rinvengono "condizioni tali da giustificare il superamento del divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (23 giorni), periodo nel quale non si è verificato *"nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata"*: sent. n. 199/12, diritto, specialm. n. 5.2.2. (corsivo ns.): la Corte non ha ritenuto sufficiente la novità contenuta nell'art. 4 e cioè

La sentenza n. 199/12 ha inferto un serio colpo al disegno proconcorrenziale. Dichiarato illegittimo l'art. 4 d.l. n. 138/11, sono applicabili i principi comunitari concernenti le regole concorrenziali *minime* per l'affidamento della gestione del servizio e la norma sulla riorganizzazione dei spl a rete in ambiti o bacini territoriali ottimali, volta a conseguire economie di scala e di differenziazione<sup>23</sup>. Il decreto-legge "sviluppo-bis" n. 179/12 ha posto peraltro un obbligo di motivazione a fini di trasparenza, fissando un termine di durata agli affidamenti *in house*<sup>24</sup>. E soprattutto, resta fermo l'art. 21-bis della legge n. 287/90, modificata dal "decreto salva Italia" del 2011 (art. 35, d.l. n. 201/11, convertito in legge n. 214/11).

---

l'introduzione del principio della liberalizzazione delle attività oggetto dei SPL di rilevanza economica. La Corte già aveva prefigurato il sindacato per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum, desumendo detto divieto dall'art. 75 Cost. (v. ord. n. 9/97, sentenze nn. 468/90, 32 e 33/93). V. però, per una critica della costruzione del divieto di ripristino, M. LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, in *Comm. Costituzione Branca-Pizzorusso*, Bologna, Roma, 2005: l'abrogazione è il precipitato di considerazioni di mera opportunità, la cui mutevolezza mal si concilia con la rigida fissazione di limiti giuridici, i quali avrebbero bisogno di un preciso fondamento di diritto positivo che in effetti esplicito non è. La Corte lo ricava deduttivamente dall'art. 75. Sulla sent. n. 199/12 v. R. PINARDI, *Volontà referendaria e legislazione successiva tra regime formale e forza politica della pronuncia popolare abrogativa*, in *Giur. cost.*, 2012, 2892 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, *ivi*, 2900 ss. e, volendo, MIDIRI, *La Consulta riaccende la discussione sui servizi pubblici locali* in *Nuovo dir. amm.*, n. 4/2012, 103 ss.

<sup>23</sup> Oltre che favorire l'eventuale liberalizzazione, la definizione di ambiti o bacini territoriali ottimali assicura affidamenti con gara più efficienti (si estende il perimetro del mercato). Non sempre la dimensione comunale configura infatti una dimensione di mercato: la sfera in cui si muovono i poteri comunali (si pensi alla frammentazione del nostro assetto comunale) può non coincidere con l'area nella quale possano agire in concorrenza le imprese. Di qui l'istanza di razionalizzazione dei bacini di gara: art. 3-bis d.l. n. 138/11, inserito dall'art. 25 d.l. n. 1/12, conv. in l. n. 27/12, non colpito dalla dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 4. La mediazione raggiunta in sede di conversione del d.l. n. 1/12 (legge n. 27/12) consente alle regioni di individuare bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio (art. 3-bis d.l. n. 138/11, conv. in l. 148/11, *ivi* inserito dal d.l. n. 1/12, conv. in legge n. 27/12). Gli enti che costituiscono tali ambiti o bacini acquisiscono un elemento di "virtuosità" ai fini del patto di stabilità, ai sensi dell'art. 20, co. 2, d.l. n. 98/11, conv. in l. n. 111/11.

È caduta invece la norma - collegata a detta ridefinizione dei bacini territoriali - che ammetteva in via transitoria l'affidamento *in house* a società sorta dalla integrazione di preesistenti gestioni (art. 25, d.l. n. 1/12, conv. in l. n. 27/12, che modificava l'art. 4, d.l. n. 138/11 e in part. il comma 32) per favorire il passaggio a nuovi aggregati industriali, in grado di assicurare nel periodo transitorio maggiore efficienza gestionale in un mercato allargato e di affrontare le future gare d'ambito una volta realizzata la liberalizzazione.

<sup>24</sup> L'art. 34, d.l. n. 179/12, convertito in l. n. 221/12, affida inoltre agli enti di governo degli ambiti o bacini ottimali tutte le funzioni di organizzazione dei servizi a rete e quindi la scelta della forma di gestione e il relativo affidamento, nonché la determinazione delle tariffe. È così integrata la norma dell'art. 3-bis d.l. n. 138/11, introdotto dall'art. 25, d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/12, che in nome dell'esigenza di efficienza ed economicità del servizio aveva già affermato il principio della gestione per ambiti o bacini ottimali. Ove l'autorità dell'ambito ottimale opti per l'*in house* si può ricorrere alla formula del controllo analogo "congiunto" che ha superato il vaglio della Corte europea del Lussemburgo: Corte giust., 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea*; 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*.

### 3. Il nuovo potere d'azione dell'Autorità per la concorrenza.

L'art. 21-*bis* attribuisce all'Autorità garante della concorrenza il potere d'impugnare gli atti di qualsiasi amministrazione pubblica (atti amministrativi generali, regolamenti, provvedimenti) che violino le norme a tutela della *concorrenza* e del *mercato*. L'azione non vale solo per la tutela *ex post* della concorrenza, ma è anche strumento di garanzia in senso ampio del *mercato* (promozione/regolazione). È prevista una fase pre-contenziosa (che dovrebbe diminuire le occasioni di impugnativa innanzi al g.a.): l'Autorità esprime un "parere" motivato nel quale indica i profili delle violazioni riscontrate; se la P.A. non si conforma nei 60 giorni, l'Agcm è legittimata a ricorrere entro i successivi 30 giorni<sup>25</sup>.

Con l'art. 21-*bis* il legislatore italiano va al di là del ruolo di *amicus curiae* prefigurato per le autorità nazionali dal diritto europeo<sup>26</sup>; la normativa UE fissa comunque uno standard minimo e non preclude di conferire poteri più ampi alle autorità nazionali per la tutela della concorrenza<sup>27</sup>. Il potere d'azione riconosciuto all'Agcm allarga le possibilità di accesso alla giurisdizione del g.a.: l'obiettivo è di garantire effettività al principio concorrenziale in tutti i casi in cui non è prevedibile la reazione dei soggetti privati interessati all'apertura del mercato<sup>28</sup>.

La norma è stata concepita come strumento per aprire il mercato (rimuovendo gli ostacoli d'ingresso) dando così una spinta allo sviluppo economico, secondo l'indicazione fornita dalle istituzioni europee<sup>29</sup>; non a caso essa è introdotta da un intervento urgente di politica economica, il "decreto salva Italia" del 2011.

---

<sup>25</sup> L'art. 21-*bis* è stato inserito nella legge istitutiva dell'Agcm dall'art. 35 del "decreto salva Italia", varato a fine 2011 dal governo Monti: d.l. n. 201/11, convertito in legge n. 214/11. L'idea è ripresa per l'Autorità di regolazione dei trasporti, che potrà impugnare le determinazioni comunali sul servizio taxi: art. 36, d.l. n. 1/12, modificativo dell'art. 37 d.l. n. 201/11, lettere *m*), *n*): i comuni e le regioni nell'ambito delle proprie competenze, previo parere dell'Autorità di regolazione dei trasporti, adeguano il servizio dei taxi (livelli di offerta, tariffe, prestazioni) alle esigenze dei contesti urbani, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, garantendo il diritto di mobilità degli utenti; l'Autorità può ricorrere al Tar Lazio.

<sup>26</sup> Sul ruolo di *amicus curiae* conferito alle autorità nazionali garanti della concorrenza (e alla Commissione) v. l'art. 15, comma 3, reg. CE n. 1/2003 e Commissione, comunicazione sulla cooperazione con i giudici nazionali in tema di applicazione degli artt. 81 e 82 tr. CE - 2004/C 101/04.

<sup>27</sup> In Germania, il *Bundeskartellamt* ha il potere di partecipare ai giudizi presentando dichiarazioni scritte, fornendo prove, ponendo quesiti alle parti, ai testimoni ed agli esperti (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, § 90). Cfr. G.L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza: aspetti procedurali*, Milano, Giuffrè, 2004; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, 7th ed., Oxford Univ. Press, 2012, 296 ss.

<sup>28</sup> Sulla difficoltà di far valere in giudizio la lesione di specifiche situazioni soggettive di cittadini o imprese private nei confronti dei provvedimenti a più elevato contenuto organizzativo v., in gen., G. GRECO, *Il modello comunitario della procedura d'infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amm. in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, 705 ss., che menziona gli affidamenti *in house* e le proroghe delle concessioni, dei contratti, etc. Va ricordata, peraltro, l'apertura della giurisprudenza amministrativa in tema di legittimazione a ricorrere di parti private ove sussistano "esigenze e ragioni peculiari" atte a giustificare la deroga al principio che vuole la legittimazione al ricorso come proiezione di una situazione differenziata. Ciò in nome del *disvalore* degli atti anti-concorrenziali: Cons. Stato, ad. plen. n. 4/11.

<sup>29</sup> V., in part., la lettera indirizzata al Governo italiano dalla Banca centrale europea durante la crisi finanziaria del 2011 (v. *Corriere della sera* del 29 settembre 2011). Sulle valenze dinamiche della tutela della concor-



Siffatta legittimazione a impugnare gli atti di amministrazioni pubbliche, lesivi del principio concorrenziale, ha sollevato interrogativi sul suo fondamento costituzionale e sulla coerenza con l'ordinamento processuale. Diversi i percorsi suggeriti per giustificare e armonizzare la norma nel sistema della giustizia amministrativa<sup>30</sup>. Parte della dottrina dubita della sua costituzionalità<sup>31</sup>. Ed invero, nella redazione del codice del processo amministrativo si era abbandonata una proposta simile, avanzata per l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, per il timore di compromettere la natura - di giurisdizione su situazioni giuridiche soggettive - del giudizio innanzi al g.a.<sup>32</sup>.

Anche l'art. 21-*bis* è stato impugnato innanzi alla Corte da una regione: arriviamo così alla sentenza n. 20/2013.

---

renza per il libero esplicarsi della capacità imprenditoriale v., da ult., Cass. civ., III, 18 gennaio - 8 febbraio 2013, n. 3080 (che richiama Corte cost., sentt. nn. 270 e 45/10, 160/09, 430 e 401/07). Sul mercato quale *luogo di competizione* e al tempo stesso di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio dell'impresa, v. Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207.

<sup>30</sup> Conferimento all'Agcm di un ruolo di garanzia *ex lege* degli interessi protetti dal principio concorrenziale; soggettivazione in capo a detta Autorità del "bene concorrenza", giuridicamente rilevante seppur normalmente adespota: v. in vario senso le relazioni di F. CINTIOLI e M.A. SANDULLI al convegno presso l'Agcm sul *Potere di legittimazione al ricorso dell'Agcm* (Roma, 31 maggio 2012) e R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza*, in *www.giustamm.it* (2012). Si è anche ventilata, ad una prima lettura dell'art. 21-*bis*, la figura del "pubblico ministero della concorrenza": il giudizio instaurato dall'Autorità perderebbe i tratti del giudizio di parti a tutela di una specifica posizione giuridica soggettiva per assumere connotazioni oggettive. La stessa A. ha poi riconosciuto che mentre il p.m. agisce nell'interesse della legge - e non si fa portatore di un interesse particolare - l'Agcm agisce a tutela dell'interesse al rispetto delle regole sulla concorrenza, in termini al più assimilabili all'azione del Procuratore della Corte dei conti a tutela dell'erario; con l'art. 21-*bis* non si altera il modello del processo di parti e si valorizza il ruolo del soggetto affidatario della tutela di un interesse pubblico particolare (v. M.A. SANDULLI, 2012, cit.; prima, dell'A., Il processo davanti al g.a., in *Foro amm. TAR*, 2011).

<sup>31</sup> F. SATTA, *Intorno alla legittimazione dell'AGCM a chiamare in giudizio pubbliche amministrazioni*, in *www.apertacontrada.it* (2012): non si può evocare a sostegno dell'art. 21-*bis* la concorrenza come *bene della vita* perché la concorrenza "non è un bene; è un valore comune, divenuto regola e quindi diritto"; né richiamare l'interesse diffuso all'assetto concorrenziale del mercato perché l'Agcm non è "rappresentante" di siffatti interessi. Per ora, Tar Lazio, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720 ha reputato manifestamente infondati i dubbi di costituzionalità (v. *infra* nel testo, al n. 4).

<sup>32</sup> Commissione affari cost. Senato, parere 16 giugno 2010 sullo schema del Codice del processo amministrativo, atto del Governo n. 212. L'indicazione (integrare l'art. 120 CPA conferendo all'Autorità di vigilanza la legittimazione a impugnare gli atti illegittimi delle procedure di appalto) non è accolta perché l'introduzione di una legittimazione processuale attiva in capo all'Autorità comporterebbe una surrettizia introduzione della figura del pubblico ministero nel processo amministrativo, "incompatibile con la natura strutturale di quest'ultimo che è di giurisdizione soggettiva": v. la relazione al Codice (luglio 2010) in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, Dike, 2010, 1845; G. LEONE, L. MARUOTTI, C. SALTELLI, *Commento al codice del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2010, 909.

#### 4. La Corte sul potere d'azione di Agcm: la sentenza n. 20/2013.

Il ricorso regionale è inammissibile: generiche le censure mosse; carente la motivazione in ordine alla «possibile ridondanza» delle violazioni denunciate sul riparto delle competenze legislative regionali.

Analizziamo le ragioni addotte dalla Corte nella sentenza n. 20/2013 a sostegno dell'inammissibilità.

A prima vista, questa declaratoria d'inammissibilità potrebbe essere il frutto di una maggiore cautela della Corte - o addirittura segno di una "stretta" - rispetto all'apertura emersa nella sua giurisprudenza, circa i parametri che le regioni possono invocare *oltre* quelli posti dal titolo V Cost. Apertura che ha un ragionevole fondamento: quando la potestà legislativa esclusiva dello Stato in una materia "trasversale" - ad es., tutela della concorrenza, ambiente - o in una concorrente - produzione dell'energia - incide su un'attribuzione regionale, risultando in concreto intrecciate l'una e l'altra materia, è giocoforza ammettere che la regione possa invocare come parametro anche una norma costituzionale estranea al titolo V purché dimostri che dalla violazione di detta norma discenda una possibile lesione delle sue attribuzioni. È la dottrina, già richiamata, del *vulnus* potenziale, che ha avuto interessanti applicazioni con riferimento agli articoli 76 e 77 Cost.<sup>33</sup> e – come si è visto – all'art. 75 Cost.<sup>34</sup>: essa può controbilanciare l'effetto di mutilazione delle attribuzioni regionali che deriva dalla prevalenza della materia trasversale<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> V. ad es. Corte cost., sent. n. 33/11, in tema di localizzazione di centrali nucleari, *diritto*, al n. 6.4: è sufficiente la motivazione addotta dalle regioni ricorrenti in ordine alla «possibile ridondanza sul riparto di attribuzioni Stato-regioni» della censura prospettata (sent. n. 52/10): plausibilmente, esse sostengono che il principio direttivo, di cui all'evocato parametro interposto, che impone il coinvolgimento della Conferenza unificata, sarebbe preordinato a presidiare le attribuzioni regionali in una materia concorrente, quale quella della produzione di energia, incisa dalla disciplina in oggetto (sent. n. 278/2010). Cfr. pure le sentenze nn. 22 e 80 del 2012: nella prima, la "ridondanza" di una questione prospettata in relazione all'art. 77, 2° comma, Cost., è sufficientemente motivata per l'incidenza delle norme impugnate sulla materia della protezione civile, di potestà legislativa concorrente (v. già sent. n. 6/04: le regioni possono impugnare un decreto-legge per motivi attinenti alla violazione dell'art. 77 ove adducano che ne derivi compressione delle competenze costituzionali); nella sent. n. 80/12, le questioni sono proposte per violazione degli artt. 76 e 77, 1° comma, Cost. ed hanno ad oggetto il c.d. Codice del turismo, che incide in misura prevalente su materie di competenza regionale (turismo e commercio), ma interferisce pure con ambiti rimessi alla competenza esclusiva dello Stato, ad es. con la materia ordinamento civile (sentenza n. 369/08). Cfr. pure le sentenze nn. 128/11, 326/10, 116/06, 280/04. Nella sent. n. 220/2013, la Corte sottolinea che la possibile ridondanza deve essere valutata non solo con riferimento alle competenze proprie delle Regioni ricorrenti (uniche legittimate ad esperire ricorsi in via di azione davanti a questa Corte), ma anche con riguardo alle attribuzioni degli enti locali, quando sia lamentata dalle Regioni una potenziale lesione delle sfere di competenza degli stessi enti locali (sent. n. 199/2012).

<sup>34</sup> Sulla sentenza n. 199 del 2012 v. *supra* e in part. alla nota 22.

<sup>35</sup> Per la secca prevalenza della "materia" trasversale, v. ad es. Corte cost., sent. 401/07; dalla predominanza, nel settore degli appalti, della normativa statale, consegue che la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata dal legislatore statale. Cfr. pure sentt. nn. 148/09, 326/08, 452/07. La preoccupazione è che il criterio della prevalenza porti a riconoscere la piena competenza dello Stato senza che occorra predisporre controtutele: F. BENELLI, R. BIN, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 2009, 1185 ss.

Analizzando gli argomenti addotti a sostegno della inammissibilità, l'impressione di un irrigidimento giurisprudenziale è destinata a cadere.

Sulla regione incombe l'onere di fornire specifica motivazione in ordine alla competenza offesa e alle cause della lesione. La Corte verifica i requisiti di ammissibilità su ogni motivo di censura mosso alle singole disposizioni impugnate<sup>36</sup>.

Nel caso qui considerato, il ricorso regionale appare generico proprio sul punto cruciale della temuta incisione della sfera di autoamministrazione regionale, per effetto del potere d'azione conferito all'Autorità.

La regione invoca i limiti ricavabili dalla sentenza n. 64 del 2005: espunti con il nuovo titolo V Cost. i controlli di legittimità sugli atti amministrativi, sono legittimi i controlli interni (art. 147, d.lgs. n. 267/2000) e l'attività di controllo della Corte dei conti, e nulla più. Ma la Corte ha buon gioco nel ribattere che l'art. 21-*bis* non introduce un «nuovo e generalizzato controllo di legittimità», ma un potere d'azione, oltre tutto circoscritto agli atti amministrativi che violano le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Forse, la Corte avrebbe potuto considerare - ma parte ricorrente non ha richiamato su questo la sua attenzione - l'*obbligo di conformazione* che segue al parere espresso dall'Agcm nella fase precontenziosa e che riguarda *tutti* gli atti amministrativi adottati dall'amministrazione: non soltanto provvedimenti, ma anche atti amministrativi generali e *regolamenti*<sup>37</sup>. Essendo obbligata a conformarsi al parere dell'Autorità, l'amministrazione non ha spazio per apprezzamenti di natura discrezionale secondo i parametri tradizionali dell'autotutela: lo ricorda recente giurisprudenza<sup>38</sup>. Questo argomento avrebbe potuto sorreggere l'ammissibilità del ricorso regionale alla luce della dottrina del *vulnus* potenziale, evidenziando l'obbligo conformativo delineato dalla norma e quanto ne consegue, con specifico riguardo all'impugnativa di atti amministrativi generali e regolamenti - non si dimentichi l'effetto *erga omnes* dell'annullamento dei regolamenti - e all'incidenza di tutto ciò sull'autonomia amministrativa regionale<sup>39</sup>.

La sentenza n. 20/13 non contraddice, in conclusione, la pregressa giurisprudenza sui *parametri estranei*.

Sui caratteri del potere d'azione, la Corte svolge, pur nei limiti di una pronuncia d'inammissibilità, un rilievo degno di nota.

L'art. 21-*bis* non introduce un controllo di legittimità; conferisce un potere il quale si ricollega a quelli conoscitivi, consultivi e di segnalazione di cui agli artt. 21 e seguenti della legge n. 287/90. Il richiamo che la Corte fa a siffatti poteri - grazie ai quali l'Autorità svolge la

---

<sup>36</sup> V., ad es., Corte cost., sent. n. 250/09.

<sup>37</sup> F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Agcm*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 12/2012.

<sup>38</sup> Tar Lazio, sez. III-ter, 15 marzo 2013, n. 2720: il meccanismo previsto dall'art. 21-*bis* sottende un *obbligo di conformazione* a carico dell'amministrazione, che non può rifiutarsi di modificare o ritirare l'atto lesivo della libertà di concorrenza invocando la mancanza dei presupposti dell'annullamento d'ufficio. Con conseguenze di rilievo sul termine per impugnare l'atto anticoncorrenziale, che qui tralasciamo.

<sup>39</sup> Su questo, volendo, v. il ns. *La prima sentenza della Corte sul potere d'azione dell'Autorità per la concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2013, 353 ss.

funzione di *advocacy* della concorrenza<sup>40</sup> - non va inteso nel senso di una comune qualificazione giuridica che assimili il potere d'azione a dette (diverse) attribuzioni, ma come una indicazione che valorizza l'interlocuzione interistituzionale realizzabile nella fase precontenziosa prevista dal comma 2 dell'art. 21-*bis*<sup>41</sup> e che potrebbe forse ispirare, in via generale, l'opera dell'Autorità<sup>42</sup>.

Si può convenire con la Corte che il legislatore ha integrato la composita serie di attribuzioni dell'Agcm ("il complesso dei poteri") con uno strumento che ha valenza essenzialmente dissuasiva e che non è affatto destinato a sfociare nel ricorso innanzi al g.a. Anzi, si può addirittura auspicare che proprio l'interlocuzione tra l'Autorità e gli enti locali divengano uno strumento in più per fronteggiare le "alleanze" di interessi che presidiano i diritti di esclusiva e le posizioni di rendita che ne conseguono<sup>43</sup>.

Vi è un secondo punto da sottolineare. La Corte confida sul contributo della giurisprudenza per armonizzare - anche attraverso l'interpretazione costituzionalmente conforme - l'art. 21-*bis* nel sistema processuale amministrativo. Osserva che le denunciate difficoltà di ordine processuale (incertezza del *dies a quo* per l'impugnazione; mancato coordinamento della legittimazione dell'Autorità con quella delle parti private, con possibile supplenza o surrogazione in favore di parti private decadute dal termine; l'incongruenza del patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato quando l'Autorità impugni atti di un'amministrazione statale tenuta a sua volta ad avvalersi della detta Avvocatura) non hanno attinenza con il riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni. Siffatte difficoltà saranno comunque affrontate dai giudici comuni "che le decideranno secondo le norme dei rispettivi ordinamenti"<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Sulla funzione di *advocacy* della concorrenza, v. i riferimenti comparatistici nel sito dell'International Competition Network (Icn). L'*advocacy* della concorrenza già affiorava nella legge istitutiva dell'Autorità, l. n. 287/90: artt. 22 (attività consultiva), 23 (relazione alle Camere), 24 (relazione al Governo su settori specifici). L'autorità, ora, ha anche il potere consultivo obbligatorio sui disegni di legge governativi e sui regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche per verificare il rispetto del principio di proporzionalità, in un quadro di riferimento in cui i limiti alla libertà dell'attività economica si fondano sulle esigenze imperative d'interesse generale derivanti dai principi costituzionali e comunitari: art. 34, d.l. n. 201/11, convertito in l. 214/11.

<sup>41</sup> Corte cost., sent. n. 20/13, *cons. diritto*, n. 3: l'impugnativa giurisdizionale è eventuale, dopo la prima fase a carattere consultivo (parere motivato); a torto la regione ricorrente paventa un «nuovo e generalizzato controllo di legittimità» che travalica i limiti desumibili da Corte cost., sent. n. 64/05; la norma integra i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità e prevede un "potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato".

<sup>42</sup> Se è normale che l'Agcm "deliberi in monastica solitudine quando opera in sede paragiurisdizionale nell'accertamento delle violazioni antitrust", in altre sedi dovrebbe improntare la propria azione a maggiore trasparenza "privilegiando gli approcci cooperativi rispetto a quelli competitivi": G. NAPOLITANO, *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Econ. servizi*, 2010, 437 ss.

<sup>43</sup> Sul ruolo delle *rent-preserving alliances*, v. S.J. WEYMOUTH, *Organized Business, Affiliated Labor, and Competition Policy Reform in Developing Democracies* (2010), in <http://ssrn.com>.

<sup>44</sup> Sul punto del patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato a favore della Agcm, v. Riccardo CHIEPPA, *Speciale legittimazione a ricorrere della Agcm e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2013, 337 ss., e Tar Lazio, n. 2720/2013: l'obbligo di patrocinio erariale previsto dall'art. 21-*bis* è conforme all'art. 1, r.d. n. 1611/1933; quando l'azione è esercitata nei confronti di amministrazione statale, anch'essa soggetta all'obbligo di rappresentanza e difesa in giudizio per mezzo dell'Avvocatura dello Stato, determinandosi un poten-

La giurisprudenza amministrativa ha già iniziato siffatta opera di ricomposizione, richiamando il principio di collaborazione tra l'Autorità e le amministrazioni interessate nella fase precontenziosa<sup>45</sup>.

## 5. Un fardello improprio per il giudice amministrativo?

Resta aperta una questione delicata, che riguarda il ruolo del giudice amministrativo.

Il g.a. dovrà fronteggiare il rischio di un'accresciuta litigiosità tra istituzioni. Potrebbe essere sospinto nella posizione impropria di arbitro tra interessi pubblici contrapposti<sup>46</sup>. Il timore si accresce alla luce di quanto è accaduto in parlamento nella discussione sul servizio taxi comunale, che si è conclusa con una soluzione di compromesso affidando l'ultima parola al g.a., adito dall'Autorità per i trasporti, sulla adeguatezza della nuova disciplina comunale (livelli di offerta, tariffe, prestazioni) rispetto alle esigenze dei contesti urbani<sup>47</sup>.

È utile considerare il quadro di riferimento offerto dalla giurisprudenza, che ammette la legittimazione di soggetti pubblici ad agire a garanzia di interessi superindividuali. Si pensi al potere d'azione riconosciuto all'ente locale per tutelare gli interessi della collettività locale di riferimento, a condizione che vi sia lesione diretta, concreta ed attuale degli interessi stessi<sup>48</sup>.

---

ziale conflitto di interessi, l'onere del ricorso al patrocinatore privato per risolvere il conflitto grava di norma in capo all'amministrazione resistente. Ma siccome nel caso di specie, al momento dell'esercizio dell'azione giurisdizionale da parte dell'Autorità, l'atto era già stato impugnato da soggetti privati e nel relativo giudizio l'amministrazione intimata si era costituita per mezzo dell'Avvocatura dello Stato, la situazione di conflitto, in deroga alla regola generale, giustifica il ricorso da parte dell'Autorità al patrocinatore privato.

<sup>45</sup> La fase precontenziosa prevista dal comma 2 dell'art. 21-bis, in quanto ispirata al principio di leale collaborazione, tende "a consentire l'acquisizione e la ponderazione, da parte delle varie amministrazioni procedenti, degli elementi di cognizione espressi dall'Autorità nell'esercizio di una competenza tecnica specialistica e nell'ottica della salvaguardia del bene primario della concorrenza". È importante la deduzione che ne segue. La determinazione adottata dall'Amministrazione entro il termine di sessanta giorni successivi al parere espresso da Agcm non ha valenza provvedimento autonomo, e non comporta la consumazione di un potere (nello specifico di un potere di autotutela e riesame). Anche a seguito dell'adozione di una determinazione negativa, nel termine di sessanta giorni possono intervenire ulteriori diverse determinazioni della stessa amministrazione "all'interno di un processo di confronto dialettico con l'Autorità". Sicché il termine di trenta giorni per impugnare l'atto anticoncorrenziale decorre soltanto dalla scadenza del termine di sessanta giorni che segna la conclusione della fase precontenziosa (v. Tar Lazio, n. 2720/13, cit.).

<sup>46</sup> "Arbitro di interessi" in un giudizio che attraverso il sindacato sull'eccesso di potere si potrebbe spingere "fin sulla soglia del merito": M. CLARICH, *I nuovi poteri affidati all'Antitrust*, in *Quad. cost.*, 2012, 115. Oltre tutto vi è il problema dei criteri in base ai quali l'Agcm selezionerà i casi - e quindi l'amministrazione - contro cui agire: v. SATTA, *op. cit.*

<sup>47</sup> Sui parametri cui si dovrà attenere la nuova disciplina comunale sul servizio taxi al fine di garantire "il diritto di mobilità degli utenti" v. l'art. 36, d.l. n. 1/12, modificativo dell'art. 37 d.l. n. 201/11: il sindacato del g.a. si muoverà secondo i criteri di ragionevolezza e proporzionalità.

<sup>48</sup> V. sopratt. Cons. Stato, IV, 9.12.2010, n. 8683, che muta l'indirizzo di IV sez., n. 399/2007: ha legittimazione ad agire il soggetto pubblico anche per materie non direttamente conferite dalla legge con riferimento a interessi collettivi rilevanti e omogenei, riferibili al soggetto e di cui si provi la lesione diretta, concreta ed attuale; sussiste nella specie un danno di contenuta entità per il singolo cittadino, ma che potenzialmente ricade sulla

Il soggetto pubblico non fa valere in questi casi un interesse “di apparato”. E non vi è dubbio che nella sfera composita degli interessi pubblici rientrano anche gli interessi pertinenti ad una serie indeterminata e aperta di soggetti, la cui base sostantiva si trova nella *parità*: parità di condizioni, d'informazioni, di possibilità d'accesso al mercato<sup>49</sup>.

Il giudice amministrativo ha cercato (a costo di qualche forzatura concettuale) di calare questi interessi nel calco della situazione soggettiva dell'interesse legittimo: l'autorità indipendente, legittimata ad agire per espressa previsione di legge, viene qualificata come suo *portatore qualificato*, fermi i rimedi che i privati vorranno esperire a salvaguardia delle proprie situazioni giuridiche soggettive<sup>50</sup>.

Il giudizio eventualmente promosso dall'Autorità garante ha il pregio della pubblicità: consente ai privati interessati di illuminare - con un possibile intervento - la controversia. Ma un esteso contenzioso tra autorità pubbliche potrebbe nuocere al buon andamento delle loro funzioni<sup>51</sup>. L'auspicio è che l'Antitrust eserciti il potere d'azione con accortezza: per non gravare la giurisdizione amministrativa di un fardello improprio.

---

collettività di riferimento, legittimando l'ente locale territoriale, esponente degli interessi di detta comunità secondo il ruolo riconosciuto dalla Costituzione, a farsene carico. In questa decisione del Cons. Stato affiora anche il tema della tutela degli interessi generali comunitari “con modi paralleli ed ulteriori rispetto al meccanismo tradizionale dall'attribuzione della loro cura ad un soggetto pubblico predeterminato”, titolare di specifica potestà amministrativa: di qui il *favor* per l'allargamento dei canali della legittimazione ad agire.

Sulla scelta ordinamentale di conferire la legittimazione - anche in via esclusiva - a soggetti che risultano “adequati portatori” degli interessi collettivi, v. in gen., V. VIGORITI, *Interessi collettivi e processo - La legittimazione ad agire*, Milano, Giuffrè, 1979, 105 ss. (in una sistemazione della legittimazione che per l'A. è strumento per regolare e *limitare* l'uso del servizio giudiziario, e in questo assolve con una funzione “economica”: *ivi*, 69 s.).

<sup>49</sup> Sulla tutela degli interessi pubblici “riflessi” ad opera delle autorità amministrative indipendenti, v. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole* (cur.), Bologna, Il Mulino, 1996. In via generale v. G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir.*, 1970, 448 ss.; *Id.*, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645, 659.

<sup>50</sup> Sulla effettività di tutela del principio concorrenziale v. Cons. Stato ad. plen. n. 4/11; per Tar Lazio, n. 2720/13, l'art. 21-bis non conferisce un potere d'azione nell'interesse generale della legge all'Agcm: l'Autorità è affidataria dell'interesse al corretto funzionamento del mercato, che è situazione giuridica differenziata rispetto a quella degli operatori economici ed è protetta dall'ordinamento nella forma dell'interesse legittimo; in senso critico, M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, intervento al convegno «Evoluzioni del ruolo e delle competenze delle autorità antitrust», Agcm, Roma, 27 marzo 2013, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it): “la nozione di bene della vita non può essere estesa fino a farla coincidere con quella generica di interesse pubblico affidato alla cura di un'autorità amministrativa”.

<sup>51</sup> CLARICH, *I nuovi poteri*, cit., 115, fa l'esempio di un'impugnazione dell'Antitrust contro atti di autorità di regolazione.